

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

Sedeur Fernandes Correa

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR
PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

Brasília – DF
2008

Sedeur Fernandes Correa

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Lucas Furtado

**Brasília – DF
2008**

Sedeur Fernandes Correa

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico à Raquel,
Amiga de todas as horas,
Anjo que se fez mulher.

Agradeço ao Superior Tribunal de Justiça pela relevante política de incentivo ao aprimoramento de seu capital intelectual.

As pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não (Francesco Carnelutti).

RESUMO

A liberdade é a um só tempo direito e garantia fundamental, cumprindo a todo estado de direito zelar pelo seu integral respeito e preservação.

No direito brasileiro é admitida a prisão como pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo qualquer outra espécie de encarceramento revestida de natureza cautelar e admitida apenas em situações excepcionais. Fora das hipóteses autorizadas em lei, qualquer prisão cautelar será considerada indevida e ilegal.

As ações e omissões praticadas pelos agentes do Estado que, agindo nessa qualidade, gerem danos a particulares atraem a responsabilização objetiva estatal na modalidade risco administrativo.

A prisão cautelar é modalidade de ato estatal sujeita aos mesmos regramentos constitucionais para fins de responsabilidades, quando ilegal ou considerada indevida, desinfluyente o momento em que se deu o encarceramento ou seu período de duração.

Aquele que erra por que agiu amparado por indícios dos quais não se comprovou existência efetiva, deve arcar com a reparação dos danos como consequência imediata dos riscos que assume em sua atividade. Outro não pode ser o tratamento dispensado ao Estado.

De outro lado, a ninguém é atribuído o dever de suportar privações injustas em seus direitos básicos de personalidade como ônus devido em contrapartida à obrigação estatal em promover a segurança da coletividade.

Palavras-chave

Liberdade. Prisão preventiva. Prisão cautelar indevida. Prisão ilegal. Ato judicial. Responsabilidade do estado. Responsabilidade objetiva. Risco administrativo.

ABSTRACT

Freedom is the right time and only a fundamental guarantee, fulfilling the entire state of law by ensuring their full respect and preservation.

Under Brazilian law is admitted to prison as punishment only after the transit of a final verdict criminal sentence, and any other kind of imprisonment coated precautionary in nature and allowed only in exceptional situations. Outside the assumptions allowed by law, any prison precaution will be considered improper and illegal.

The actions and omissions committed by agents of the State which, acting as such, generate damage to the accountability aims to attract private state in the mode administrative risk.

The arrest precautionary type of act is subject to the same State constitutional regimentos for responsibility, when considered illegal or improper, desinfluyente the moment they made the arrest or its period.

Whoever misses that did supported by evidence which showed there is not effective, it must bear the repair of damage as a result of the immediate risk is that in its activity. Another may be the treatment accorded to the State.

In addition, no one is assigned the duty to bear in unjust deprivation of their basic rights as burden personality because in contrast to the state obligation to promote the safety of the community.

Key-words

Freedom. Custody. Wrongful imprisonment precaution. Unlawful imprisonment. Judicial act. Responsibility of the state. Liability. Administrative risk.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 | A RESPONSABILIDADE DO ESTADO | 13 |
| 2.1 | HISTÓRICO | 14 |
| 2.2 | RISCO ADMINISTRATIVO..... | 15 |
| 2.3 | RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO | 18 |
| 3 | PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA | 22 |
| 3.1 | DIREITO DE LIBERDADE..... | 23 |
| 3.2 | PRISÃO CAUTELAR | 24 |
| 3.3 | PRISÃO INDEVIDA..... | 28 |
| 4 | RESPONSABILIDADE POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA..... | 30 |
| 4.1 | O TEXTO LEGAL E SUA INTERPRETAÇÃO..... | 31 |
| 4.2 | A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL | 36 |
| 4.3 | A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA..... | 37 |
| 4.4 | DANO MATERIAL..... | 48 |
| 4.5 | DANO MORAL..... | 50 |
| 5 | CONCLUSÃO | 53 |
| 6 | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 57 |

1 INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade do Estado, desde os primeiros estudos do direito público, sempre esteve no centro das discussões.

Se inicialmente o Estado por nada respondia, pois suas ações centravam-se na figura divina do rei, com o passar, o próprio desenvolvimento da sociedade e a separação entre as figuras do Estado, de seus agentes e do soberano, tornou-se necessário dar novos contornos ao tema.

Logo, já era possível responsabilizar o Estado com fundamento na culpa de seus agentes, evoluindo para a desnecessidade inclusive de identificação do causador do dano, bastando a prova de uma imputação anônima com atribuição da culpa à existência mesma do serviço prestado.

Posteriormente, adotando a máxima premissa pela qual “o homem é a medida de todas as coisas”, passou-se a aceitar a existência de atividades que geram riscos para a sociedade, obrigando os seus executores a se responsabilizarem pelos danos daí advindos. Era a teoria do risco, que no caso específico das atividades do Estado é denominado administrativo.

Desde então, acompanhando a evolução doutrinária do tema, o direito brasileiro procurou positivar regras minuciosas e abrangentes, de forma a proteger inteiramente o cidadão contra danos causados pelas atividades desenvolvidas pelo Estado, seja através de comportamento ilícito ou até mesmo lícito.

Vista de perto, a evolução do tema é estreme de dúvidas que a ideologia inspiradora foi a sempre impedir que alguém fosse individualmente onerado em contrapartida dos benefícios colhidos pelos demais membros da sociedade. É manifesta a intenção de repartir igualmente entre todos não só os lucros advindos do comportamento estatal, mas também todos os prejuízos porventura experimentados.

Entretanto, as tentativas de responsabilizar o Estado pelos atos do Legislativo e do Judiciário ainda concentram enormes focos de resistência, especialmente na jurisprudência firmada pelos principais tribunais brasileiros. Não é incomum a alegação de prática de atos de soberania para isentar o Estado, mesmo que a idéia contrarie frontalmente o que disposto na Constituição Federal de 1988 a respeito.

Nesse ponto, as conclusões do que prevalente tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias não se afastam do que afirmado, havendo expressivamente predominantes as correntes que dão guarida ao comportamento estatal que indevidamente submete o cidadão a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, o presente trabalho parte de uma visão já estabelecida no sentido da irresponsabilidade do Estado para os casos de prisões cautelares comprovadamente indevidas, tecendo críticas às conseqüências práticas da adoção dessa teoria, com vistas a assentar a necessidade de mudança de paradigmas.

É também enfrentada a questão em que os danos são provocados por omissões estatais para as quais, grande parte da doutrina e a majoritária jurisprudência defendem a subjetivação dessa espécie de responsabilidade, em evidente retrocesso no processo de interpretação dessa garantia constitucional.

Toda essa discussão acerca dos atos estatais omissivos e suas conseqüências faz-se necessária em vista das implicações com o comportamento estatal que deixa de promover tempestivamente o adequado relaxamento de prisões sem lastro de validade.

Não há nesses casos, em que pese a presença de ato omissivo, que se questionar sobre o elemento culpa do causador do dano com vistas a apurar seu dever de agir, já que este, por decorrência imediata do princípio da legalidade, deriva da lei. Basta apenas que se apure a relevância da omissão e sua ligação com o dano ocorrido.

Dessa forma, o estudo esteve focado na conduta lesiva do ente estatal de restringir indevidamente o direito de liberdade do particular, através da decretação ou da manutenção de prisão cautelar ilegal.

Discutiu-se as hipóteses taxativas para o afastamento temporário do direito fundamental de liberdade do cidadão, focando o discurso nas espécies de prisão admitidas no direito pátrio, especialmente quando efetivadas a título cautelar em caráter excepcional.

Não mereceu consideração hipóteses envolvendo prisões ilegais decorrentes de títulos condenatórios e também a custódia além do tempo fixado na sentença. Fez-se, dessa forma, a diferenciação necessária entre a prisão ilegal por excesso em seu prazo de duração e a prisão indevida, por não possuir lastro que fundamente sua decretação ou manutenção.

Tendo em vista a confusão terminológica que se estabelece em torno das expressões: "prisão indevida" e "prisão ilegal", é que procuramos aclarar as definições, mostrando que a primeira ocorre nos casos previstos pelo art. 5º, LXXV, que trata do erro judiciário e excesso de prisão - quando alguém permanece preso além do tempo fixado na sentença. Já a segunda, consiste em todas as formas não abrangidas pela prisão indevida, ou seja, quando decretada fora dos parâmetros estabelecidos em lei.

Para maior compreensão do trabalho, explicamos os fundamentos jurídicos da responsabilidade do Estado em face das duas espécies de prisões.

Em seguida, enfocou-se o tema da responsabilidade civil do Estado, com referência sucinta ao seu processo de evolução normativa e, com ênfase, na disciplina normativa do tema após o advento da Constituição Republicana de 1988.

Nesse ponto, mereceu consideração especial a grande discussão doutrinária ainda existente sobre a questão, bem como a posição da jurisprudência construída pelos tribunais pátrios.

Por último, buscou-se conclusão no sentido de refutar os argumentos que excluem a responsabilidade do Estado em questões envolvendo o Judiciário, bem como, tentou-se afirmar a necessidade de revisão desses conceitos para afastar qualquer interpretação restritiva da responsabilidade objetiva do Estado prevista na Constituição.

Também mereceram rápidas considerações alguns pontos acerca da indenização tais como seu valor, o critério para fixação, cumulação e competência para julgamento da ação.

Logo, o objetivo principal do estudo é demonstrar que, em que pese os grandes avanços já ocorridos na compreensão do tema, muito ainda há ser feito, especialmente para superar as últimas barreiras impostas para afastar a responsabilidade do Estado pelos atos causados em decorrência de decisões tomadas pelo Judiciário.

Para isso, são enfrentados antigos dogmas construídos na interpretação dos textos legais que impedem a efetivação das garantias contra a privação da liberdade previstas na Constituição.

É também reconhecido o acerto da novel jurisprudência que, em abandono do anteriormente pregado, pugna pela ampla aceitação da existência de um risco em toda atividade desenvolvida pelo Estado, especialmente naquelas que afetem direta e imediatamente a fruição dos direitos e garantias fundamentais de liberdade.

2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade civil se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais. Com base em tal premissa, podemos afirmar que a responsabilidade civil do Estado é aquela que impões à Fazenda Pública a obrigação de ressarcir um dano patrimonial causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições.

A Constituição Federal abraçou de modo expreso a teoria da responsabilidade objetiva do Estado ao preceituar que

As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º).¹

A teoria publicista da responsabilidade objetiva reside na questão de que o Estado estaria obrigado a indenizar os danos provocados no patrimônio de um terceiro, independentemente de ter havido dolo ou culpa por parte do agente. O particular que vem a sofrer um desfalque patrimonial provocado pelo Estado não precisa se preocupar em demonstrar os aspectos subjetivos da conduta do ente público, bastando comprovar a ocorrência do nexo de causalidade, ou seja, que sofreu um dano e este dano foi oriundo de uma ação do Estado.

Nesse ponto, então qual seria o dever jurídico que, descumprido pela Administração, enseja o dever de indenizar?

Em resposta a essa indagação, Cavalieri Filho afirma que

O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa (grifos nossos).²

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 223.

A incolumidade de todos, portanto, é o elemento que justifica o dever estatal de indenizar os prejuízos causados quando no exercício de atividade reputada ilegal.

É bem verdade que nem sempre foi assim, tendo havido um longo desenvolvimento da doutrina sobre a matéria, justificado através da elaboração de várias teorias.

2.1 Histórico

Num primeiro momento a responsabilidade do Estado era inexistente. O Estado era confundido com a figura do monarca, e este, por ser representante direto das divindades, não se lhe podendo imputar qualquer erro.

Posteriormente, com o surgimento de novos conceitos acerca da definição de Estado e, sua conseqüente separação do soberano que o governava, passou-se a defender a responsabilidade do Estado, primeiramente através da existência de culpa provada de seu agente e, num segundo momento, independentemente dessa demonstração, exigindo-se apenas a existência de uma culpa, ainda que anônima.

Entretanto, percebeu-se com o passar que, exigir da vítima de um evento a prova de culpa, na maioria dos casos, era o mesmo que negar o direito à justa indenização.

Dessa forma, partindo-se da premissa da necessária divisão dos ônus e dos ônus de se viver em coletividade, as teorias em torno do tema evoluíram para admitir a existência de uma responsabilidade de natureza inteiramente objetiva. É dizer, para ter direito à indenização não se exigia da vítima a prova da culpa do Estado ou de seu agente, bastando apenas a existência de um ato do Estado que causasse danos a alguém e o nexo de causa ligando esses dois elementos.

No direito brasileiro, ainda que de forma inicialmente tímida, sempre foi admitida a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros. Somente

num segundo momento, é que se adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, ganhando o tema proteção constitucional.³

Os textos constitucionais que se seguiram, tanto o de 1967 com a emenda de 1969, quanto o da Constituição de 1988, foram generosos na previsão da matéria, havendo quem defenda a existência nesse último até mesmo de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco integral.⁴

Entretanto, em que pese essa evolução legislativa operada, o mesmo não se verificou na jurisprudência.

São comuns as afirmações que reconhecem a existência apenas de responsabilidade subjetiva do Estado quando aos danos causados por omissão e, até mesmo, a afirmação de sua total irresponsabilidade quando diante de atos legislativos e judiciais.

Quanto aos judiciais, há forte sensibilização tanto na doutrina quanto na jurisprudência reconhecendo a necessidade de revisão de alguns conceitos e entendimentos já dissociados da realidade que se vive e das necessidades impostas por uma sociedade constituída por uma cidadania mais ativa. Da mesma forma, notória a desmistificação do Judiciário colocado no limbo e desconectado com as exigências da sociedade para o qual está destinado a servir.

2.2 Risco administrativo

O risco administrativo tem como fundamento o fato de que toda atividade pública gera um risco para os administrados, consistente na possibilidade de acarretar danos, isoladamente, a certos membros da sociedade e com isso acaba por impor-lhes um ônus não suportado pelos demais.

3 BRASIL. Constituição (1988). Op. cit.

4 Responsabilidade que se esteia do princípio da solidariedade social, em que o Estado atua como uma espécie de segurador universal, atribuindo-lhe o dever de indenizar independentemente da existência de nexo de causalidade, bastando apenas a existência de ato por ele praticado e a comprovação do dano ocorrido.

A responsabilidade do Estado funciona aí como mecanismo para compensar esse desequilíbrio; os que não sofreram prejuízo algum com determinada atividade pública concorrem para a reparação do dano através do erário da Fazenda Pública. É o princípio da solidariedade social, que busca promover a partilha dos encargos.

Pela teoria do risco administrativo a obrigação de indenizar surge do só ato lesivo causado à vítima pela Administração, não se exigindo qualquer falta do serviço público, nem culpa dos seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, apenas o desempenho de serviço. Naquela, a culpa presumida relaciona-se à falta administrativa; nesta, é a do fato lesivo da Administração.

A questão da responsabilidade pública foge aos termos da teoria clássica porque a base do dever de indenizar se funda no risco, ou seja, a responsabilidade deixa de resultar da culpabilidade para derivar exclusivamente de um tipo qualificado de causalidade material.

Consoante a doutrina, nestes casos podem ocorrer concausas sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. Nas sucessivas se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade maior está em se aferir a causa eficiente, ou, ao menos, a predominante, rateando-se a indenização proporcionalmente as responsabilidades.

Assim sendo, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, que estabeleça o um vínculo de necessidade entre a causa e o efeito (qualidade) ou, pelo menos, com extensão (quantidade) deste mesmo efeito, como causa concorrente.

A matéria submetida a prova será o vínculo de causalidade que liga o ofensor a vítima, assim como o próprio dano resultante, e, em casos mais complexos, a existência de outras concausas, ou, até mesmo a exclusão do suposto ofensor, que poderia ser imputado através da teoria do risco, em favor de outro, agora responsabilizado pela teoria da culpa, ou a exclusão de qualquer ofensor, em

razão de culpa exclusiva da vítima, cuja conduta será a única causa eficiente da consequência danosa.

Quanto às causas que aumentem a extensão deste dano, a regra nos ensina que, se constituírem apenas uma causa sucessiva posterior ao fato danoso, esta deverá ser imputada apenas pela teoria da culpa, tendo-se em vista que o dano majorado pelo funcionamento regular da sociedade deve ser imputado ao autor inicial, como seria o caso da recusa de contratar um serviço relevante sobre a modalidade de pagamento diferido em função de inscrição do cliente preterido nos serviços de proteção ao crédito, por ação indevida efetuada por uma outra empresa, pela qual apenas a última poderá responder.

A concepção de dano abarca toda e qualquer lesão a um bem jurídico, incluindo o dano moral.

A reparação de um dano cometido sem culpa se faz em função da responsabilidade objetiva, pois prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo da causalidade.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova da culpa do agente para que haja a obrigação de reparar o dano. A teoria que atualmente predomina na justificação do dever de indenizar sem culpa é a teoria do risco, que se baseia em uma responsabilidade social derivada da atividade exercida, ou seja, toda pessoa que exerce alguma atividade e cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigada a repará-lo.

Desta maneira, a responsabilidade desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como 'risco-criado', a que se subordina todo àquele que, sem indagação de culpa, expuser um outro a suportá-lo, facilitando, sobremaneira, a realização judicial, que não mais depende de um conjunto probatório mais extenso, excetuando, é lógico, quando existe culpa

exclusiva da vítima, o que exclui a aplicação da teoria do risco para se aplicar a teoria clássica.

No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como causa a atividade administrativa, sendo incompatível, portanto, com a concepção de culpa administrativa. A questão se desloca para a investigação da causalidade referente ao evento danoso, sem perder de vista a regularidade da atividade pública, a anormalidade da conduta do ofendido, a eventual fortuidade do acontecimento, na determinação do que seja o dano injusto, pois só este merece reparação (3).

A teoria do risco social fornece suporte ao princípio da responsabilidade estatal, servindo como linha divisória entre os atos regulares e os que rompem o equilíbrio dos encargos e vantagens sociais, em prejuízo de alguns particulares que acabam se sujeitando a um ônus que deveria ser suportado pela coletividade, representada pelo Estado, tendo em vista que os benefícios que geraram estes riscos também são coletivos.

2.3 Responsabilidade por omissão

Com razão Cavalieri Filho ao afirmar que a Constituição, quando prevê a responsabilidade objetiva do Estado, não se refere apenas à atividade comissiva, mas, pelo contrário, “a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva”⁵.

É de ser refutada toda construção que admita a existência de responsabilidade do Estado fundada na culpa diante do texto da Constituição vigente e do sentido histórico que lhe dever ser emprestado.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 230.

É equivocada, com a devida vênia, a afirmação capitaneada pelo Prof. Bandeira de Melo que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado.⁶

Não se sustenta a interpretação de que, nos casos de omissão, o Estado não agiu, não sendo, portanto, o causador do dano.

As condutas humanas podem se dar pelo agir ou através mesmo da omissão. Nas condutas omissivas fica a vítima obrigada à prova, além do dano, da conduta do agente e também do nexo de causalidade entre aqueles dois elementos. Já, para os casos de omissão, a inexistência de conduta a ser prova, por si só, não é capaz de transformar a responsabilidade objetiva em subjetiva.

Em casos que tais, a única exigência que se faz, é a de comprovação necessária do dever de agir imputado à Administração no evento invocado.

Como o Estado encontra-se obrigatoriamente vinculado ao princípio da legalidade, ficando a Administração autorizada e obrigada a agir sempre que se tratar de dever imposto pela lei, chega-se à conclusão de que, nos casos de omissão estatal, impõe-se ao administrado apenas a comprovação do dever de agir da Administração, bastando seja invocada a previsão legal específica.

De outro modo, aduz o emérito professor Bandeira de Mello que

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).⁷

Ora, esse argumento também é de ser rejeitado pelo silogismo que representa. A se admitir a conclusão colocada, até mesmo para os casos de atuação do Estado, estaria exigida a culpa com completo afastamento da teoria da responsabilidade objetiva.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 871.

⁷ Ibidem. p. 872.

Isso porque, o fato de não haver conduta ilícita do Estado sem culpa ou dolo (premissa) não leva à necessidade de prova ou demonstração de qualquer desses elementos (conclusão). Não fosse assim, seria impossível admitir a responsabilização objetiva do Estado em qualquer hipótese.

Não foi isso que quis a Constituição. Não foi para esse modelo que a evolução da teoria nos caminhou.

Em ambos os casos, tanto para condutas ativas quanto omissivas, há uma conduta ilícita do Estado, e isso ninguém nega. O que não há, e isso constitui o núcleo de toda teoria da responsabilidade objetiva do Estado com fundamento no risco administrativo (risco criado), é a obrigação de demonstrar o caráter ilícito conduta.

Logo, enquanto na responsabilidade por ação deve se demonstrar a conduta do Estado, na omissão, em contrapartida, deve-se demonstrar apenas o dever estatal de agir. Como esse dever encontra-se obrigatoriamente previsto em lei, não há que se falar em responsabilidade subjetiva, que se relaciona apenas com a exigência de demonstração de culpa.

Em conclusão, pode ser afirmado que a responsabilidade por omissão do Estado apenas exige a comprovação do dever legal de agir da Administração, que deve estar expressamente previsto na lei. Dessa forma, fica afastada qualquer outra conclusão que obrigue o administrado à comprovação de culpa.

De acordo com Cavalieri Filho (2007, p. 231), o ato ilícito não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo, pois

Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva.

E, logo em seguida, de maneira firme, conclui que

O Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não devia fazer).⁸

Esta também a mesma conclusão a que chegou Cahali (2007, p. 35) ao discorrer sobre o risco criado pelas atividades da Administração, quando afirma que

A concepção publicística da responsabilidade civil do Estado – em cujo êxito tanto se empenharam os administrativistas – ao consagrar a responsabilidade objetiva do ente estatal degenera, desenganadamente e sem paliativos, na adoção da teoria do risco, risco criado pelas atividades normais ou anormais da Administração, mostra-se, assim, incompatível com a concepção da *'faute du service'*, com a culpa anônima da Administração, como causa da responsabilidade civil do Estado, no que esta nada mais é que ma transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatista por excelência.

Em outros termos, a responsabilidade implica a assunção e responsabilidade pelo risco criado pelas atividades impostas ao órgão público; ao nível da responsabilidade objetiva – e, conseqüentemente, da teoria do risco criado pela atividade administrativa -, descarta-se qualquer indagação em torno da falha do serviço ou da culpa anônima da Administração.

E conclui:

No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pela administração tem como causa o fato objetivo da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular, incomponível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste⁹.

8 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.cit., p. 231

9 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

3 PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

Em linha de princípios, nenhuma prisão antes do trânsito em julgado se legitimaria perante a Constituição¹⁰, sendo, por este motivo, considerada indevida¹¹. No entanto, por razões de política de Estado, diante de situações especificadas na lei, admite-se a prisão antes da existência de título condenatório com trânsito em julgado, a título de medida cautelar.

Dessa forma, a privação da liberdade de qualquer pessoa¹², ainda que a título de cautelaridade, só se justifica diante de minuciosa fundamentação embasada em elementos concretos. Qualquer outra restrição que, ou esteja desprovida de fundamentação, ou esteja dissociada de elementos concretos, deverá ser considerada ilegal para todos os efeitos.

Não se admite que num estado de direito que consagre o direito à liberdade como valor fundamental do cidadão, admita violações a essa garantia fundada na proteção e segurança da própria sociedade. Esquecem-se aqueles que defendem esse ponto de vista que, num passado não muito distante, toda proteção desejada pelos cidadãos dirigia-se contra os abusos cometidos pelo Estado.

Causa perplexidade perceber que, passados pouco mais de duas décadas, a memória esteja esquecida a ponto de admitir abusos cometidos pelo Estado, sob o argumento de proteção contra um inimigo comum não identificado.

É preciso rememorar que a mão forte do Estado, quando age para combater as investidas contra as idéias daqueles que o dominam, dirige-se exatamente contra a própria sociedade.

Num Estado que prega respeito absoluto ao direito, é incompatível a admissão de prisões antes do trânsito em julgado como elemento de combate à violência, enquanto o que deveria ser eliminado é a grande desigualdade social.

¹⁰ "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CF, art. 5º, LVII).

¹¹ "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, LIV).

¹² O texto constitucional diz que "Ninguém será", numa clara proteção dirigida a todos cidadãos.

3.1 Direito de liberdade

As restrições impostas à liberdade pessoal devem ser somente as necessárias à manutenção do convívio pacífico e harmonioso dos indivíduos, preservando-a sempre que possível, com permissão para restrições apenas em situações excepcionais.

Qualquer ataque a esse direito fundamental constitui tentativa odiosa de desrespeito à dignidade da pessoa humana, devendo sofrer permanente fiscalização por parte do Estado com vista à sua inteira preservação.

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como elemento básico dos direitos fundamentais, deixou o homem a condição de objeto das ações estatais para ser lhe reconhecido o status de fim último a ser alcançado e protegido em todas suas dimensões. A liberdade assume especial relevo em vista de uma condição mínima de dignidade.

Nesse passo, quando em jogo a liberdade humana, independentemente de quem seja a pessoa a ser protegida, deve ser reconhecida primazia a essa garantia em detrimento de qualquer outro bem que esteja em jogo. Qualquer outra decisão, sem forte embasamento fático, será violadora do mais fundamental dos direitos fundamentais.

Logo, apenas com ampla fundamentação e, diante de elementos concretos justificadores, possível será a restrição. Nesse caso, sobreleva destacar o direito de liberdade da sociedade quando colocado em risco pela liberdade de apenas um indivíduo.

Ademais, cumpre asseverar que a liberdade é a regra no estado de direito, não podendo ser admitida sua restrição como imposição antecipada de pena. Alegações como a gravidade do crime, a maneira como praticado, o clamor público, a preservação da ordem ou até mesmo o respeito às instituições públicas, quando dissociadas de fatos concretos que as justifiquem, não permitem qualquer espécie de prisão sem que tenha havido o trânsito em julgado de uma condenação.

3.2 Prisão cautelar

No regime de liberdades individuais garantido pela Constituição Federal de 1988 e corroborado pela legislação vigente, toda e qualquer prisão acaba por atrair com o *status libertatis* do cidadão, daí porque a prisão só deveria acontecer, de forma legítima para justificar o cumprimento de uma sentença penal condenatória. Entretanto, não é esse o procedimento adotado pelo nosso ordenamento jurídico, podendo a prisão se dar antes mesmo do julgamento ou até quando não existe ainda processo.

Por tais razões é que a restrição da liberdade deve ser realizada de maneira criteriosa, dentro dos limites do indispensável. Como ensina Mirabete,

Essa prisão assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a se submeter a perdas e sacrifícios em decorrência da necessidade de medidas que possibilitem ao Estado prover o bem comum, sua última e principal finalidade.¹³

Exatamente por isso, a prisão processual há de ser admitida com a nota da excepcionalidade. A regra é que a persecução penal se desenvolva, estando o investigado (réu) em liberdade. Daí decorre ser imprescindível a fundamentação da decisão que restrinja o direito de ir e vir daquele que ainda não se encontra definitivamente condenado (CF art. 93, IX).

Nesse ponto, é totalmente equivocada a doutrina que defende a existência de uma espécie de prisão provisória que constitua antecipação dos efeitos de uma futura condenação. Essa afirmação esbarra de imediato na proteção constitucional pétrea do princípio da inocência.

A interpretação e aplicação equivocada de excepcional instrumento cautelar, como sempre lembrado pelo Min. Eros Grau, tem colocado em risco o próprio estado de direito em que se funda nossa democracia.

¹³ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 359 e 360.

Citando pronunciamento de despedida do prof. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA do Largo de São Francisco, aquele eminente juiz da Suprema Corte, denunciou o apetite tirânico e as inclinações despóticas que informam o ideário do processo autoritário, incivil, para dizer que graças a esse ideário

O que hoje vige é a regra de que qualquer um pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, benefício que, após consumada a privação, lhe será integralmente concedido para que se queixe à vontade. Tratando de liberdade e de bens, a regra vale tanto para o processo civil quanto para o processo penal, em ambos os casos afrontando a Constituição. (grifou-se) ¹⁴

Dessa forma, as espécies de prisão processual devem estar obrigatoriamente vinculadas à nota de instrumentalidade própria da espécie, é dizer, devem relacionar-se com o resguardo de uma provável futura condenação. O que se deve objetivar com a medida é apenas o resguardo do resultado útil do provimento judicial condenatório.

Exatamente por se tratar de medida revestida de cautelaridade, qualquer prisão decretada ao longo do processo deve, por necessário, preencher os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculun in mora* inerentes a tais medidas. Por isso, não basta a existência do risco de se manter livre o acusado, exigindo também, de forma concomitante a presença de indícios da prática de uma infração penal.

A validade da prisão cautelar, capaz de afastar a responsabilidade do Estado pelo ato praticado, está umbilicalmente ligada à existência de exaustiva fundamentação com base em elementos concretos. Essa também a lição do Supremo Tribunal Federal que, em pena da lavra do eminente Min. Celso de Mello, assim se manifestou:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.

A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95009/SP, Relator Ministro EROS GRAU, PLENO.

réu. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR FINALIDADE PUNIR, ANTECIPADAMENTE, O INDICIADO OU O RÉU.

A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.

A privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão preventiva pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal.¹⁵

A prisão processual, também denominada de prisão sem pena, cautelar ou provisória compreende a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP), a prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º do CPP), a prisão resultante de sentença penal condenatória não transitada em julgado (arts. 393, I do CPP) e também a prisão temporária (Lei 7.960/89).

A prisão antes de sentença condenatória transitada em julgado constitui medida cautelar a ser determinada pelo magistrado, desde que devidamente provocado pelos atores envolvidos na persecução penal (em regra, a autoridade policial ou o Ministério Público).

Se, por um lado, há que se afirmar a compatibilidade da prisão processual com a garantia constitucional da não culpabilidade, por outro, cumpre reconhecer que a custódia processual somente se legitimará acaso possua natureza cautelar. Neste sentido, ao aplicar-se a norma do art. 312 do CPP¹⁶ dever-se-á ficar caracterizada a cautelaridade da medida, isto é, sua imprescindibilidade para assegurar a utilidade de eventual sentença penal condenatória.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 81395. Rel. Min. CELSO DE MELLO. 2ª T.

¹⁶ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houve prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Fato diverso ocorre quando a preventiva é decretada com esope na garantia da ordem pública e/ou garantia da ordem econômica. Embora o conceito de ordem pública seja controverso, doutrina e jurisprudência majoritárias o relacionam à necessidade de manter incólume o tecido social, o qual restaria agredido violentamente, acaso o acusado permanecesse em liberdade, praticando crimes assume uma prisão processual, destarte, nítida função preventiva (e não cautelar). Visa impedir a reiteração criminosa por parte do acusado (preso). Como tal vem sendo recebida sem discrepância pelos Tribunais pátrios.

Alguns autores acrescentam a este sentido a nota da exemplaridade, vale dizer, a preventiva com esteio na garantia da ordem pública também se legitimaria para resguardar a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas. Em ambas as hipóteses, como meio de defesa social ou como medida exemplar, a detenção processual antecipa a pena do condenado. Dessa forma, quando não se encontrar devidamente fundamentada, patente surgirá sua incompatibilidade com o texto constitucional.

Embora não se questione a compatibilidade da prisão cautelar em qualquer de suas modalidades com o princípio da presunção de inocência, é preciso advertir que esse medida restritiva de direitos fundamentais não se vincula à qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal.¹⁷

A prisão preventiva não pode ser utilizada com o objetivo de antecipar a pretensão punitiva do Estado, sob pena de subverter sua finalidade cautelar, com grave comprometimento ao princípio da liberdade.

Bem por isso, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ilegalidade de prisões decretadas com base apenas na gravidade em abstrato do delito ou clamor social¹⁸ e tem refutado de forma cabal a manutenção de prisões decretadas apenas sob o pretexto de garantia da credibilidade da justiça.¹⁹

17 GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. Vol. III.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93862/SP. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 1ª Turma.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC AgR 89025/SP. Rel. Min. EROS GRAU. 2ª Turma.

3.3 Prisão indevida

Ao contrário do sustentado pela maioria da doutrina e jurisprudência, a prisão indevida não pode ser vista apenas como aquela que decorre de uma condenação injusta. Deve, isto sim, ser reconhecida como toda privação injustificada da liberdade, seja antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como a não observância do devido regime de cumprimento da pena, o excesso no tempo de cumprimento da prisão e, da mesma forma, a prisão cautelar infundada.

A excepcionalidade da custódia processual recomenda a máxima cautela em sua concessão, de sorte a se evitar sejam concretizadas situações em que o agravo ao direito de liberdade se revele injurídico. Assim, nas hipóteses em que restam absolvidos cidadãos submetidos a qualquer das modalidades de prisão processual, não há como reparar o dano imposto, eis que é materialmente impossível o retorno ao *status quo ante* (tempo passado não pode ser restituído).

Assim, para compreensão do tema é necessária a diferenciação entre o erro judiciário e a prisão indevida, como bem assinalado por Hentz:

Enquanto a figura do erro alberga a atividade jurisdicional comissiva, consistente no decreto da prisão ditada pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, como consequência de mero erro de julgamento, a segunda comporta, além da comissão, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso depois de cumprida pena imposta. E, pois, submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua ilicitude.²⁰

O que também restou assinalado de forma lapidar por Vilson Rodrigues Alves, quando leciona que

Embora o art. 5º, LXXV, 2ª parte, da Constituição Federal de 1988, somente se refira à indenizabilidade à pessoa que ficar presa além do tempo fixado numa sentença, há entender-se essa indenizabilidade quando, por erro judiciário penal corrigido em ação de revisão, ficou a pessoa privada de sua liberdade além do tempo fixável na sentença, indevidamente, pois.

20 HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito administrativo e judiciário*. p. 47.

Afinal, se na estrutura superficial da linguagem jurídica são situações diversas, na estrutura profunda não, dado que ontologicamente constituem modalidades de prisão indevida, porquanto indenizáveis os danos dela irradiados, as privações da liberdade além do prazo fixado na sentença certa e fixável na sentença errada.²¹

Pelo exposto, verifica-se que a prisão indevida é categoria diversa do erro judiciário, tendo como ponto comum apenas a obrigação do Estado de indenizar o prejudicado pelos danos sofridos.

Vale ressaltar, por necessário, que o conceito de prisão indevida deve ser estendido para abranger todas as condutas praticadas pelos agentes do Estado que traduzem privação indevida do direito de liberdade pessoal do cidadão, ainda quando ausente qualquer título condenatório a embasá-la. É dizer: alcança todas as espécies de prisões decretadas cautelarmente.

²¹ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. T II. Campinas: Bookseller, 2001, p. 116.

4 RESPONSABILIDADE POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

Sustenta Di Pietro, considerando a indenização uma garantia fundamental do homem, prevista no rol do art. 5º da Constituição Federal que, no caso de prisão cautelar, pode ocorrer que o réu venha a ser condenado e, nesse caso, o tempo em que esteve preso é descontado do período da condenação, o que já constitui uma forma de reparação pela punição antecipada. No entanto, na hipótese de uma absolvição, ou quando a condenação não comportar pena privativa de liberdade, ou quando a pena cominada for inferior ao tempo de prisão cautelar, surge a questão da indenização por erro judiciário.²²

Expressando o mesmo espírito consagrado na Constituição, o novo Código Civil Brasileiro regulamenta em seu art. 954 a reparação por ofensa à liberdade pessoal nas hipóteses de cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e prisão ilegal.

O final do dispositivo indicado é bastante elucidativo e apropriado à espécie. A gradação estabelecida pelo legislador, fazendo nítida separação entre os atos de responsabilidade de particulares (cárcere privado e prisão por queixa ou denúncia falsa) e os de responsabilidade do poder público (prisão ilegal). No ponto, quis o legislador, expressamente, responsabilizar o Estado pela prisão ilegal.

Nesse ponto, há nítida expansão, em conformidade com a ordem constitucional vigente, das hipóteses de responsabilidade do Estado por prisões indevidas além daquelas já previstas no Código de Processo Penal.

A prisão indevida por erro judicial se traduz na ofensa à liberdade pessoal que empenha responsabilidade do Estado por força das garantias asseguradas no art. 5º da Constituição Federal e no art. 954, do Código Civil, pois os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001 p. 512.

4.1 O texto legal e sua interpretação

É bem verdade que o dispositivo processual regulador da espécie é econômico ao tratar do assunto, possibilitando interpretações que esvaziam a proteção a determinados direitos fundamentais expressamente outorgados pela Constituição. Diz o Código de Processo Penal que “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. Prejuízos sofridos, aos quais o texto se refere, são aqueles decorrentes de condenação injusta anulada em revisão criminal.

É evidente que a proteção conferida pelo texto é insuficiente à proteção do *status libertatis* e da dignidade daqueles que se têm esses direitos restringidos pelo Estado. É que a norma indicada não confere proteção às restrições decorrentes de prisões decretadas a título cautelar que, é necessário ressaltar, ofendem com a mesma intensidade as garantias fundamentais da pessoa humana.

Essa também é a abalizada opinião de Cahali, para quem

O dispositivo processual, além de propiciar um expediente restrito para a obtenção do ressarcimento do dano conseqüente de erro na prestação jurisdicional penal – e que já vem sendo acertadamente dilargado pela jurisprudência -, revela-se do mesmo modo insuficiente para a reparação de todos os danos que as falhas dessa atividade estatal podem provocar, e paulatinamente vai sendo suprido pelos nossos Tribunais.²³

Também o mestre Aguiar Dias, em conferência sobre o tema, observou que

Ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. **Se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em conseqüência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outras. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição** (grifos nossos).²⁴

Ademais, qualquer outra interpretação que se desse ao dispositivo indicado, a considerar-se a proteção conferida pela Constituição à espécie, caracterizaria

²³ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 475.

²⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. Vol. II. 9. ed., São Paulo: Forense, 1994, p. 636.

ofensa frontal ao princípio da proporcionalidade, considerado em sua vertente da proibição de insuficiência (Untermassverbot).

Em análise do tema, pontuou o Min. Gilmar Mendes:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebot). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). (destacou-se).²⁵

E, logo mais, após análise da doutrina alemã, faz a seguinte consideração:

Na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção²⁶.

Nesse sentido, deve ser dada ao dispositivo constitucional interpretação conforme sem redução de texto, de forma a compreender que a norma que protege do erro judiciário aquele que ficou preso além do tempo fixado na sentença, protege também aquele que ficou preso e não teve contra si, nem mesmo o oferecimento da denúncia.

Essa interpretação, sem dúvida, alinha-se de forma muito mais efetiva ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que prevê a ampla responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados a terceiros em razão da atuação de seus agentes. Não há aí qualquer ressalva ou exceção: para que surja o direito à indenização basta que haja o dano e ele seja provocado por agente do Estado. Ora, é evidente o dano de quem sofre prisão preventiva ilegal ou indevida, bem como a condição de agentes estatais ostentada pelos juízes.

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.112/DF. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pleno.

²⁶ Idem ibidem.

Essa questão, é bom ressaltar, não deve ser vista apenas sob o ângulo do erro judiciário como sustentando por aqueles que negam a responsabilidade do Estado por prisão cautelar indevida.

Para Cahali, é a própria Constituição que impõe a responsabilidade ao Estado também em virtude de prisão ilegal sem título condenatório, pois ao impor ao Estado

a obrigação de indenizar àquele que 'ficar preso além do tempo fixado na sentença', estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão 'sem sentença condenatória'.²⁷

E, afastando eventuais interpretações restritivas da proteção conferida pela Constituição, conclui em lição lapidar:

Com efeito, não se compreende que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja, em tese, menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser eventualmente julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.²⁸

Logo, assentadas as premissas em torno na prisão indevida como abrangente das prisões provisórias, a reflexão se volta para o cabimento da indenização em casos que tais.

Essa particularidade, em que pese os avanços verificados na jurisprudência, ainda não avançou o necessário para salvaguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição em sua plenitude. É que, sob o aspecto da vítima, a prisão é sempre uma prisão o que a coloca, em qualquer de suas modalidades, em confronto imediato com a garantia do direito de liberdade.

Aliás, ainda que a doutrina tenha se debruçado com mais vagar, tratando especificamente da prisão por erro judiciário e por tempo além do fixado na sentença, a situação mais freqüente está lastreada naquelas decretadas de forma cautelar.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. Op. Cit. p. 477.

²⁸ Idem ibidem.

Nesse passo, se é assegurado o direito à indenização àquele que passa mais tempo na prisão que o devido, com maior razão também deve ser indenizado o que não chegou sequer a ter uma condenação contra si, ou, em situações mais graves, aquele que nem mesmo processo ou indiciamento teve contra si.

O argumento de que a perseguição criminal se faz em nome da manutenção da ordem pública e da pacificação social, agindo o Estado no exercício de um dever que lhe é inerente, pela evidente fragilidade, não deve prevalecer.

É que, em situações graves como aquelas que colocam em risco a liberdade do cidadão, o Estado deve atuar de forma criteriosa e apenas de forma excepcional.

Não se admite, no estado democrático de direito moderno, a banalização de medidas que coloquem em risco os direitos e garantias fundamentais de quem quer que seja. A prisão cautelar só foi admitida em caráter excepcional e diante de concreta motivação.

Não se pode perder de vista que a prisão cautelar, em qualquer de sua modalidade, envolve um risco social. O Estado, em face da necessidade de preservar determinados valores, tais como a ordem pública, a incolumidade de testemunhas, a instrução processual etc., sacrifica provisoriamente a liberdade do provável autor do crime, correndo o risco de que ele venha depois a ser julgado inocente. Se esse risco é arrostado pelo Estado em benefício da sociedade, nada mais justo que ela mesma, através desse mesmo Estado, indenize aquele que foi preso injustamente.

Manifestando sobre o tema, tem dito a doutrina que

Na hipótese de prisão indevida, o fundamento da indenização deve ser focado com um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. O risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do “ato de risco”, fica sujeita pro meio do Estado como representante desta nas relações

jurídicas a responder (no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem. E isso porque o princípio da igualdade de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todo, sem ressarcir ao lesado.

A legítima atuação estatal, vista por esse aspecto, quando lesiva ao particular, será sempre fonte de indenização se o benefício coletivo for conseguido à custa do sacrifício da liberdade individual.²⁹

Essa também a conclusão de Vilson Rodrigues Alves, quando diz que

De regra, a prisão indevida – o ser não-devida é porque lhe falta causa à privação da liberdade – traduz caso de erro judiciário penal e expõe o Estado à indenizabilidade, com a prestação do que seja necessário e suficiente à reparação dos danos, incluindo-se os apatrimoniais, sobretudo morais, cumulados.³⁰

Nesse sentido, é de se concluir que a situação daquele submetido à prisão processual que depois resta absolvido, é equivalente àquela em que o Estado indeniza o condenado por erro judiciário ou pelo fato de este permanecer preso além do tempo fixado na sentença. Nesse ponto, se alinha inteiramente os recentes julgados do STJ. Ilustrativamente:

Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido³¹.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, não há que se exigir qualquer comprovação de culpa na conduta dos agentes do Estado.

Ainda assim, há quem defenda que a prisão indevida não significa, nem se confunde, com a prisão que se mostrou necessária em certo momento da *persecutio criminis*. Mas, mesmo os defensores dessa interpretação restritiva da proteção Constitucional entendem que prisão indevida é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais (Rui Stoco).

No caso de prisão preventiva sem que ocorra a instauração de ação penal, fatos que ensejam a prisão indevida por erro judicial (e não judiciário).

29 HENTZ, Luiz Antônio Soares. Op. cit. pgs. 48/49.

30 ALVES, Vilson Rodrigues. Op. cit. p. 116.

31 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 427560/SP. Rel. Min. LUIZ FUX. 1ª Turma.

4.2 A proteção constitucional

Diz o texto constitucional que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” ³².

A interpretação literal do dispositivo acima conduz à idéia que somente será devida a indenização pelo Estado, em decorrência do erro judiciário, quando houver condenação posteriormente reconhecida como injusta através de revisão criminal, ou nos casos de excesso no cumprimento da pena fixada na sentença.

Nesse passo, afastada estaria a indenização decorrente da prisão processual, visto que esta não decorre de sentença, não pressupõe condenação, tampouco enseja revisão criminal.

No entanto, a interpretação literal está longe de ser o melhor instrumento para a verificação do sentido e do alcance das normas de direito. É, em verdade, o mais deficiente deles, podendo ser utilizada apenas no passo inicial do trabalho de interpretação. Mas, em muitos casos, por ser a de alcance mais fácil, é aquela que seduz os mais desavisados, levando, não raras vezes, a interpretações injustas e dissociadas da razão e do sentido do sistema em que se encontra inserida.

Para Cahali, o texto constitucional³³, ao assegurar reparação à vítima do erro judiciário, não condiciona o exercício da pretensão indenizatória ao prévio acolhimento da revisão da sentença condenatória. Quando impõe a obrigação de indenizar aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, está também assegurando o direito à indenização daquele que permaneceu algum tempo preso sem sentença condenatória, porque absolvido ao final do processo. ³⁴

Em tema de direitos fundamentais de proteção à pessoa humana não há lugar para interpretações de caráter restritivo, ainda mais quando coloquem em risco

32 BRASIL. Constituição (1988). Op. cit. Art. 5º, LXXI

33 Ibidem. Art. 5º, LXXV.

34 CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 603.

a própria garantia outorgada pelo texto constitucional. É conhecimento assente que não cabe ao intérprete impor restrições onde o legislador não restringiu.

A Constituição, ao dispor sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, em norma específica sobre a espécie, não fez qualquer distinção, limitando-se a prever que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Nesse sentido, devem ser afastadas interpretações que diminuam o alcance do significado de erro judiciário, devendo a previsão abarcar todas hipóteses compreendidas.

Cahali destaca que

Admitida expressamente pelo nosso direito a reparação dos danos resultante do erro judiciário, verifica-se que não são esses os princípios com que se busca superar a resistência doutrinária à reparação dos danos conseqüentes da atividade jurisdicional *in genere*. Para o estudo da responsabilidade civil do Estado-juiz, impende distinguir função jurisdicional da função judiciária; a última, como gênero, por ser mais ampla, engloba também hipóteses distintas das atividades decisórias: na expressão “atividade” ou “função judiciária” enquadram-se todos os atos praticados pelo Estado-juiz e seus auxiliares, de natureza não necessariamente decisória, destinados à perfeita consecução da prestação jurisdicional.³⁵

Entretanto, apesar da utilidade da rigorosa distinção acima demonstrada, a situação que ora interessada é dela independente, já que discutida a responsabilidade relacionada ao erro judiciário decorrente da função jurisdicional, sem qualquer relação com os danos porventura causados pelas atividades administrativas necessárias ao desempenho daquela função do Estado.

4.3 A posição da jurisprudência

A jurisprudência pátria tradicional, no ponto, já se manifestou contrária à responsabilidade do Estado pelos atos de juízes, sob o argumento de que o exercício da soberana função jurisdicional não gera o direito de indenizar.

Elucidativo é o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

³⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. pgs. 473/474.

PRISÃO PREVENTIVA - DECRETAÇÃO - INDENIZAÇÃO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA.

A PRISÃO PREVENTIVA, QUANDO FUNDAMENTADA, NÃO GERA AO ESTADO OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O ACUSADO, EM FACE A SUA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, POSTO SER ATO DE PERSECUÇÃO CRIMINAL QUE REPOUSA EM JUÍZO PROVISÓRIO.

RECURSO PROVIDO.

(REsp 139980/MS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.11.1997, DJ 16.02.1998 p. 38). (grifou-se).

No entanto, essa postura há muito já vinha sendo combatida, conforme se faz notar da leitura de caso paradigmático³⁶ do Supremo Tribunal Federal, em que uma postura mais corajosa sobre o tema era proposta em memorável voto proferido pelo saudoso Min. Aliomar Baleeiro, que afinal restou vencido.

É bem verdade que a discussão ali travada voltou-se mais para a responsabilidade do Estado por negligência do juiz no cumprimento de seus deveres e na violação da lei. Mas, o importante foi que o precedente, ao fim e ao cabo, lançou as sementes para a evolução da jurisprudência.

Dizia o insigne Aliomar Baleeiro em seu voto, para negar a responsabilidade pessoal do juiz:

Responsável é a Pessoa de Direito Público pela falta de seus agentes em serviço ou por extensão dêste, resguardado seu direito de regresso contra os mesmos, se pessoalmente culpados. Claro que pode haver falta anônima do serviço, por fato inerente a êste, objetivamente considerado, sem culpa específica do agente público.

Prosseguindo em seu voto, numa interpretação histórica, buscando afastar a tese da irresponsabilidade do Estado por atos de jurisdição, disse o mestre:

Hoje, ou melhor, desde 1946, a regra não pode ser posta em dúvida, em sofrer restrições, que não existem no art. 194 da Constituição Federal 1946 ou 105, da Constituição Federal de 1967.

Ainda, em argumento para afastar a culpa da vítima,

O art. 194 da Constituição Federal de 1946 (art. 105, da C.F. 1967) tem o mesmo efeito da lei francesa de 7.2.1933: - o de estabelecer a responsabilidade do Estado, com a diferença de que, na França, ela é solidária e, no Brasil, direta, com regresso contra o agente público. Nem se diga que o recorrente fez a “greve do cárcere”, defendendo-se mal, como

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 70.121/MG, Rel. Ministro DJACI FALCÃO. Pleno.

se um pobre diabo num fim-de-mundo tivesse meios eficazes para chamar ao dever um juiz insensível à lei e até à piedade cristã.

E, por último, valendo-se de argumento juntado pelo recorrente, utilizou o próprio Código Civil para justificar a responsabilidade do Estado. Para isso entendendo que aquele diploma normativo, ao regular a matéria, trouxe previsão ampla, não distinguindo espécies de funcionários do Estado.

“Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes...

Peço a atenção do Tribunal para a expressão do Código, que é genérica: representantes, e não apenas funcionários.

... que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.” (grifou-se).

O caso é mais emblemático, ao considerar que se tratava de prisão decorrente de emissão de cheques sem fundos e que, posteriormente, após 3 anos e 17 dias de custódia cautelar, o acusado restara absolvido.

Essa posição, com o tempo, restou superada, como mostra a jurisprudência firmada nos tribunais superiores a respeito do tema:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.

1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal.
2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir.
3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais.
4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado.
5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.
6. Recurso especial provido.³⁷

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 220982/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA.

Nesse caso analisado, o pedido havia sido negado nas instâncias inferiores exatamente pelo fato de não se reconhecer ilegalidade na prisão efetuada. Partiu-se da premissa equivocada de que, a simples presença de elementos que indicassem a prática de crime, ou indícios de flagrância, por si só, teria o condão de justificar o cerceamento da liberdade dos suspeitos.

A tese de exercício irregular de direito foi peremptoriamente afastada pelo relator do recurso no Superior Tribunal de Justiça. Entendeu-se configurada a responsabilidade civil do Estado em razão da arbitrariedade da prisão, com verdadeira violação ao direito de cidadania que cabe ao próprio Estado respeitar e guardar.

Em julgado recente³⁸, o assunto retornou à pauta do Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se de recurso interposto por vítima de prisão ilegal praticada pelo Estado em ação praticada por policiais militares com duração de apenas um dia. Não se discutiu a duração da prisão, mas apenas o fato de ação estatal equivocada que resultou na colocação de algemas em pessoa inocente na porta de sua casa diante de várias pessoas e vizinhos. Após sua soltura, ficou devidamente comprovado que nenhuma relação havia entre o suspeito e o fato ocorrido, revelando de todo impertinente o ato de sua prisão.

Manteve-se a condenação do Estado no pagamento de danos morais à vítima como indenização pelos danos sofridos. Ficou claro, tanto na ementa do julgado, quanto no voto do relator ser inequívoca a responsabilidade do Estado pelo comportamento desidioso de seus agentes, de forma a revelar “transgressão aos mais mezinheiros deveres estatais, consistente em manter-se alguém custodiado de forma injusta e desarrazoada, sem direito à defesa”³⁹.

No mesmo sentido, também já foi reconhecida a responsabilidade estatal por prisão cautelar estendida irregularmente por expressivo espaço temporal⁴⁰. É necessário o destaque desta hipótese fática, já que, prisões que inicialmente tinham

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 881.323/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 881.323/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 872.630/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,

lastros de validade nos elementos fáticos trazidos ao processo, podem se transformar em ilegais em razão de sua duração, especialmente quando superam o prazo legal destinado a medidas cautelares dessa natureza.

Fazendo ligação com a responsabilidade por erro judiciário constitucionalmente prevista, assentou o julgado que

Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar o mais mezinheiro direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notoria no egent probationem).⁴¹

Até se reconhece no julgado, especialmente no voto condutor da tese vencedora, o direito do Estado de restringir em hipóteses específicas a liberdade dos cidadãos em vista da proteção da segurança coletiva, como bem maior colocado sob ameaça temporária.

Entretanto, essa pequena tolerância, necessária à preservação da paz social deve obrigatoriamente ser acompanhada de proporcional indenização pelos danos e prejuízos eventualmente sofridos por aquele que afasta de si toda presunção de culpa a ele imputada.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que, até mesmo absolvição por ausência de provas é capaz de chamar o Estado à recompor o *status quo ante* por ele modificado, através de competente indenização. É que, nos Estados que tem a democracia como um de seus fundamentos, cumpre ao Estado a acusação e a prova dos elementos que a embasam. Logo, suspeitas e denúncias desacompanhadas do devido conjunto de provas que lhe dão suporte, é o mesmo que, em termos de efeitos produzidos, acusação indevida.

Àquele que sofre a persecução estatal sem que este se desincumba de seu dever de produzir as provas dos fatos alegados, devem ser atribuídos os mesmos efeitos daquele que se livra solto por conseguir comprovar sua inocência.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 872.630/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA

Não há qualquer diferença quanto aos danos gerados, tanto na coletividade em que convive a vítima, quanto no seu íntimo. Não se permite qualquer presunção em contrário, sob pena de inversão indevida do justo processo da lei, que impede a atribuição de qualquer efeito àquele que não tem contra si provadas as alegações levantadas pela acusação.

Citando lições de Delmanto, conclui o Min. Fux em voto proferido na decisão comentada que

A ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores (Roberto Delmanto Junior - In "As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração - 2ª edição - Renovar - páginas 377/386).

É dizer, a evolução da sociedade traduz-se cada vez mais em constante incremento das responsabilidades estatais. Se de um lado é sempre esperado o seu pronto agir, de outro, exige-se sempre maiores cautelas contra ações arbitrárias e indevidas e garantias de reparação para aqueles eventualmente vitimados pelo comportamento.

Nem mesmo há que se exigir presença de ilegalidade. Até mesmo o ato formado com todas características da legalidade, quando onerar excessivamente determinado cidadão obriga a responsabilidade do Estado pelos danos daí advindos.

Por isso, em que pese sua correção, deve ser aplicada cum grano salis o entendimento jurisprudencial que reconhece que a coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que lastreia-se nos parâmetros legais.⁴²

É que, há que se considerar que várias espécies de prisões admitidas pelo direito brasileiro sustentam-se em meros juízos de presunções. Logo, baseiam-se em fundamentos que poderão ser posteriormente afastados ou mesmo reconhecidos inexistentes.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 815.004/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA

Esse último julgado ora comentado, que assentou as bases para a responsabilidade do Estado por prisão indevida, pela sua importância, deve ser objeto de análise mais detalhada. Senão vejamos.

Ainda no Tribunal a quo, manifestou-se o representante do *parquet* estadual, ponderando que

No caso, não se configurou qualquer arbitrariedade por parte do Estado quando o exercício seu poder-dever, já que a prisão foi devidamente fundamentada, efetuada dentro dos parâmetros legais, de acordo com o princípio *in dubio pro societatis*, aplicável naquele momento processual. Para que se legitime a ação estatal exige-se a probabilidade da condenação e não a certeza desta, já que esta só poderá ser apurada no momento da decisão final. O Magistrado agiu como deveria agir.

No STJ, o relator originário, Min. Francisco Falcão, adotou a tese da irresponsabilidade do Estado sufragando o entendimento do Tribunal recorrido, conforme se vê do inteiro teor de seu voto:

O Tribunal de origem, entretanto, esposou o entendimento de que o erro do Judiciário somente seria passível de indenização na hipótese prevista no art. 630 do CPP, o que não seria o caso dos autos, afirmando, ainda, que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplicaria aos atos do Poder Judiciário e, mais importante, reconheceu a legalidade da prisão preventiva, ressaltando que o excesso do prazo de confinamento não se caracterizaria em erro judiciário. Para respaldar tais alicerces, aquele Colegiado apontou precedentes do STF, deste STJ, do extinto TFR e daquele mesmo Sodalício (cf fls. 508/513).

Para em seguida concluir:

Tenho que andou bem o Tribunal de origem ao afastar a necessidade de indenização in casu, tendo em vista a legalidade da prisão preventiva.

No entanto, toda essa fundamentação foi rechaçada pelo ilustre Min. Luiz Fux que, em suas razões, cita o prof. Roberto Delmanto Júnior para estender a responsabilidade do Estado também à prisão provisória injusta:

Somente quando respeitados os direitos de cada um dos cidadãos, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com as nossas leis, ou, ainda, embora formalmente legais, injustas, posto que seguidas de absolvição, é que o Estado acabará efetivamente respeitando os ditames de nossa Constituição da República, reafirmando, portanto, aqueles valores atinentes ao respeito ao cidadão, ínsitos a uma verdadeira democracia.

Em outras palavras, o Estado, nesse âmbito, há que dar o exemplo em também reparar o dano causado a alguém, mesmo que por atos do Poder Judiciário.

(...)

Usamos a expressão 'verdadeira revolução' ao lembrarmos o art. 9º, nº 5º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque, porque, em nosso entendimento, a questão indenização por ato jurisdicional passou a abranger, sem dúvida, toda e qualquer prisão configuradora de constrangimento ilegal, e não somente aquela fruto de comprovado erro judiciário, proferida em sede de revisão criminal.

A norma interna, portanto, conforme os já transcritos ensinamentos de Antonio Augusto Cançado Trindade, restou ampliada. Desta feita, se o art. 5º, LXXV, e o art. 37, § 6º, da Constituição da República parecem esquecer os abusos atinentes à prisão provisória, o referido art. 9º, nº 5º, do Pacto de Nova Iorque impôs um ponto final a essa questão.

De qualquer forma, uma vez adotada a responsabilidade objetiva do Estado, através da afirmação da teoria do risco administrativo, afastam-se, neste âmbito, ultrapassados teorias que deixavam o cidadão absolutamente desamparado, como a da irresponsabilidade total, representada pelos aforismos "Le roi ne peut mal faire" e "The King can do no wrong", bem como da responsabilidade subjetiva (adotando os princípios da culpa ou dolo do direito civil também para os atos do Estado em face de seus cidadãos), muito bem resumidas por David Alves Moreira, e de certa forma reportada, esta última, no art. 133 do Código de Processo Civil, o qual deve reger, tão somente, a relação entre o Estado e o seu funcionário, e não aquela outra, entre o Estado e o cidadão.

Destarte, a ampliação da responsabilidade estatal, com vistas a tutelar a dignidade das pessoas, sua liberdade, integridade física, imagem e honra, não só para casos de erro judiciário, mas também de cárcere ilegal e, igualmente, para hipóteses de prisão provisória injusta, embora formalmente legal, é um fenômeno constatável em nações civilizadas, decorrente do efetivo respeito a esses valores. (grifos nossos) ⁴³

E, a título de obiter dictum, conforme ressaltado no próprio voto, traz lição peremptória e conclusiva, como a lançar luzes para um olhar futuro e necessário sobre o tema, com a consideração de que

Ocorrendo a prisão ilegal, em desatendimento aos pressupostos que a informam, com notória repercussão negativa pela mídia, cabe ao Estado o dever de indenizar, tendo em vista a responsabilidade objetiva consagrada na Carta Constitucional. (grifos nossos).

Como se observa, o STJ exige, para o Estado ver-se livre da obrigação de indenizar, que a prisão processual tenha sido legalmente fundamentada e que a absolvição tenha ocorrido por razão de natureza processual peculiar à instância

43 DELMANTO JÚNIOR. Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001. pgs. 377/386.

criminal. Assim, raciocinando a *contrario sensu*, caberá indenização quando ao decreto de prisão faltar fundamentação e o réu tenha sido inocentado.

Outra também não é a conclusão a que chegou David Alves Moreira, ao tratar dos efeitos da prisão por pronúncia, em razão de posterior absolvição do réu, ensina que a prisão indevida constitui o próprio fundamento do erro judiciário cautelar.

Da mesma forma que as prisões provisórias anteriormente analisadas, mas de fundamentos diferentes, a prisão decorrente de pronúncia também resultará em prejuízos que se confirmarão com o decreto absolutório.

A absolvição, portanto, proclamada pelo veredicto do Tribunal do Júri, constitui prova indiscutível de ter sido a prisão, decorrente da pronúncia, medida indevida e desnecessária aplicada ao acusado, e os danos provocados ensejarão reparação pelo Estado em razão de sua responsabilidade.

Conforme também leciona Augusto do Amaral Dergint:

'A sentença de pronúncia (art. 408 do Código de Processo Penal), assim como a sentença condenatória e a prisão preventiva, pode injustamente ocasionar, além da privação de liberdade, danos morais e patrimoniais ao réu (acusado de crime de homicídio doloso ou tentativa de homicídio). Nesse caso, sendo absolutório o ulterior veredicto do Tribunal do Júri, também não se pode negar a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados.'

A prisão como sendo um efeito da pronúncia, conforme dispõe taxativamente o § 1º do art. 408 do CPP, constitui, assim, o próprio fundamento que provoca o erro judiciário cautelar.

Como se deduz do dispositivo legal que a prisão resultante da pronúncia é a regra, independente de ser ou não necessária ao prosseguimento do processo, serão evidentes os danos provocados com a medida caso se confirme, ao final, uma sentença absolutória, o que seria diferente se se invertesse a regra, estabelecendo a prisão como uma medida de exceção, e não como efeito da pronúncia."⁴⁴ (grifos nossos).

Da mesma forma, Marco Antônio Vilas Boas ensina que

Beccaria mostra que há um princípio que serve admiravelmente para estreitar sempre mais a importante conexão entre o crime e a pena, a saber que esta seja conforme, o mais possível, à natureza do delito (p. 78). Se há a condenação efetiva, conforma-se a sociedade com a pena que vem atrás, no nexo e na proporção. Se não há a dita condenação e sobrevém a pena atípica, excepcional e extraordinária, falta-lhe o conteúdo moral e excessos e prejuízos materiais e morais que subsistirem. Sim!

44 MOREIRA, David Alves. *Prisão Provisória: As medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. págs. 95/96.

Cabe ao Estado, mesmo porque, em grande parte, pode ser ele o responsável pela violência.

Pode o Estado ser o primeiro detonador da violência contra o indivíduo. É ela, para os sistemas liberais, a primeira estratégia para a exploração oficial. **Em nome de uma caça aos criminosos o Estado se esconde atrás do argumento e faz a prática dos mais tenebrosos sistemas de dominação.**"⁴⁵ (grifos nossos).

Nesse aspecto, acerca da ilegalidade da prisão, o Superior Tribunal de Justiça, em interpretação soberana da legislação infraconstitucional, tem enfaticamente reiterado que esta é decorrente diretamente da falta de fundamentação:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. **PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE.** ORDEM CONCEDIDA.

1. **A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia**, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

(...)

(HC 84.260/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 22.10.2007 p. 379)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. DENEGAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. **FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. ILEGALIDADE.**

1. A prisão provisória é uma medida extrema e excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual, sendo imprescindível, em face do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva.⁴⁶

Em expressa manifestação acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que o Estado deve indenizar aquele que teve instaurada contra si ação penal desprovida de justa causa. Se se deve indenizar aquele que foi absolvido no processo criminal, com muito maior razão também se deve indenizar aquele que foi preso diante até mesmo da inexistência de elementares do crime.

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída

45 VILAS BOAS, Marco Antônio. A reparação civil na investigação criminal. São Paulo, 2003. pgs. 275/278.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 65.174/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA,.

em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630.

1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu.

2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado.

3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.⁴⁷ (grifou-se).

Trata-se, da mesma forma, de precedente paradigmático para entendimento do tema à luz da jurisprudência atual, especialmente pelos fundamentos lançados pelo douto Min. Sepúlveda Pertence em seu voto, como se vê *verbis*:

A tese da taxatividade do art. 630, como única hipótese a admitir a admitir de responsabilidade do ato por atos de jurisdição já se encontrava no RE 35.500, Vilas boas, e recentemente, nesses acórdãos, do Ministro Carlos Velloso. Mas o RE não ataca o problema de se ter incidentemente no acórdão se referido também à prisão preventiva. Ele pretende apenas a irresponsabilidade total do Estado, consequentemente, a improcedência da ação.

O tema genérico da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais é fascinante, sempre polêmico.

Mas, no que diz respeito especificamente à revisão criminal, já em 1875, a França a estabelecida, e os seus grandes juristas, na época e no princípio do século XX, já se punham de acordo em ser um caso de responsabilidade civil, fundada no risco da atividade e da administração da Justiça.

O problema sofre, na Itália, o retrocesso da teoria de Rocco, que equipara o erro judiciário a uma calamidade pública, a um acidente e, consequentemente, só concede indenização àquele que fosse extremamente necessitado como mero ato de assistência social, doutrina que – não obstante as críticas acerbadas que sofrem, a exemplo da de Santi Romano, veio a incorporar ao Código de Processo Penal de 1930, que leva o nome de Código Rocco, Ministro da Justiça, à época.

No Brasil, no entanto, já em 1932, a Consolidação das Leis Penais Brasileiras, de Piragibe, já estabelecia que a revisão criminal importava a reabilitação do condenado e gerava título à indenização, o que veio a ser acolhido – em termos mais avançados do que o seu modelo primordial, que foi o Código Rocco – no velho Código de Processo Penal de 1941, no art. 630, em que se prevê a indenização, mas se estabelece –

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505.393/PE, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. PRIMEIRA TURMA,

além de uma exceção muito criticada por diversos autores que é o tratar-se de ação penal privada – como se isso tornasse privada a jurisdição -, só previa uma hipótese de exoneração: quando, para a condenação, tenha contribuído decisivamente o próprio réu.

Até que a Constituição – no art. 5º, LXXV – que é o fundamento do recurso extraordinário da União, veio constitucionalizar o direito à indenização da vítima de erro judiciário, acrescentando a hipótese da prisão além do tempo devido.

Na Itália, a Constituição de 1948 remeteu à lei definir os termos em que seria devida a indenização ao condenado, vítima de erro judiciário. A Lei 1962/63 adota solução muito próxima à do nosso Código de Processo Penal.

O recurso extraordinário conseguiu encontrar, na doutrina contemporânea brasileira, creio, um único exemplo de exigência de culpa, quando não de dolo, que é o do ilustre Desembargador Rui Stoco.

Creio, porém, ser hoje opinião consensual da doutrina tratar-se de responsabilidade civil objetiva. Assim já me parecia evidente na disciplina do art. 630 do Código de Processo Penal. Agora, a sua constitucionalização no art. 5º, LXXV, obviamente, não veio para criar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, do art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a regra constitucional veio apenas, a partir do entendimento consolidada de que a regra é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelecer que, naqueles casos, a indenização constituiria garantia individual, e, manifestamente, não submeteu à exigência de dolo ou culpa do magistrado.⁴⁸ (grifou-se).

Especificamente sobre a prisão cautelar que preencheu os requisitos para sua decretação, a doutrina especializada tem entendido que a responsabilidade do Estado também é assente, mas possui natureza jurídica diversa dos fundamentos que determinam a imputação da mesma responsabilidade em suas outras hipóteses de incidência.

4.4 Dano material

Consideram-se como danos materiais o prejuízo efetivamente sofrido com o evento prejudicial, quer sejam os lucros cessantes e os danos emergentes.

Parte da doutrina especializada, e agora o próprio Código Civil, entende que a indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e

⁴⁸ Ibidem.

danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (CC, artigo 954, caput, e artigo 953, parágrafo único).

No entanto, entendo que quando se discute reparação em virtude de danos materiais, deve a vítima efetivamente comprovar a diminuição patrimonial sofrida. Não é válido o raciocínio que admite a existência de prejuízo presumido, já que a condenação terá sempre o objetivo de devolver o “status quo ante” à ocorrência do evento ilícito.

No ponto, só é possível concluir, para não se admitir evidente atecnia do legislador, pela presunção apenas quanto ao valor dos lucros cessantes.

Sobre o ponto, esclarece AGUIAR DIAS que

A idéia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema de indenização, à noção de patrimônio como unidade de valor. **O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente que existe após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não tivesse sido produzido:** o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação. (grifou-se) ⁴⁹

Quando se fala em dano patrimonial, é possível a divisão em duas subespécies, quais sejam, danos emergentes e o lucros cessantes, sendo o primeiro aquele efetivamente experimentado pela vítima, que pode ser aferido por simples operação aritmética, e o segundo pelo que ela *razoavelmente* deixou de ganhar em virtude do ato ilícito.

No caso dos danos emergentes, maiores dificuldades não devem existir para o operador do direito, posto que a simples verificação da diminuição patrimonial é suficiente para conceder a indenização, sendo que a prova também é de maior facilidade.

O mesmo não ocorre no que se refere aos lucros cessantes, pela própria impossibilidade de previsão quanto a fatos futuros, que independem da vontade das

49 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit. p. 798.

partes. Como forma de se conceder a mais ampla indenizabilidade, passou-se a aceitar, em casos que tais, a prova de perda de acréscimo patrimonial, baseada nas regras gerais da experiência comum, ou seja, em critérios flutuantes, cuja principal característica é a previsibilidade.

Portanto, quando o prejuízo a ser ressarcido referir-se a lucros cessantes, deve-se considerar a previsibilidade de ganho que a vítima deixou de auferir, ou seja, o que efetivamente deixou de ganhar e o que razoavelmente deixou de lucrar.

4.5 Dano moral

Após longo embate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de indenização do dano moral, a questão foi completamente superada por imposição de mandamento contido na Constituição Federal de 1998 afirmando que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente dessa violação”.⁵⁰

Savatier, apud Barros Monteiro⁵¹, define o dano moral como

qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, abrangendo todo o atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, a sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc.

Sobre o tema, precisa é a lição de Barros Monteiro:

Em face, pois, da nossa lei civil, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Todo ato ilícito gera para o seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado. E de preceito que ninguém deve causar lesão a outrem. **A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos conseqüentes ao seu ato.**⁵² (grifou-se).

⁵⁰ BRASIL, Constituição (1988). Op. cit. Art. 5º, X.

⁵¹ MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. V, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985. p. 67,

⁵² Idem Ibidem.

Quando se pleiteia uma ação visando a indenização pelos danos morais sofridos, não se busca um valor pecuniário pela dor sofrida, mais sim um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido. Visa-se, também, com a reparação pecuniária de um dano moral imposta ao responsável, uma sanção justa para o causador do dano moral.

O dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não se revela pelo dinheiro, mas sim a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral. É dizer, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor em seu mais largo significado.

Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento.

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar, a sua imputabilidade etc.

Nesse sentido, entende Guilherme Couto de Castro que

Diante da impossibilidade de dar preço infligida ao lesado, há de se tangenciar os verdadeiros valores protegidos e para isso há de ser ter como paradigma elementos objetivos consubstanciados basicamente num duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa, já sob o aspecto punitivo o montante deve ser fixado de modo a não admitir que o agente saia lucrando ou plenamente satisfeito com a ilegal conduta.⁵³

53 COUTO E CASTRO, Guilherme. *A responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.23.

A liberdade é um bem jurídico subjetivo e pessoal de cada indivíduo, o qual deve ser respeitado por todos. A violação a esse direito causa, sem sombra de dúvidas, dano moral, visto que atinge a estima, a moral, a honra, a imagem e outros bens diretamente ligados ao *jus libertate*.

A tormenta maior que cerca o dano moral, diz respeito a sua quantificação, pois o dano moral atinge o íntimo da pessoa, de forma que o seu arbitramento não depende de prova de prejuízo de ordem material.

Mesmo diante da imensurável dificuldade em arbitrar-se o valor do quantum da indenização, ante a falta de reais parâmetros, a doutrina tem se manifestado no sentido que ficará ao arbítrio do juiz a apreciação deste valor, levando-se em consideração algumas diretrizes, senão vejamos:

A fixação do quantum competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender) ou objetivo (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa).

Na mesma linha de raciocínio, a orientação emanada do Colendo Superior tribunal de Justiça é no sentido de que o valor da indenização por danos morais deve ser entregue ao prudente arbítrio do juiz que motivadamente deve atender à peculiaridade de cada caso concreto e tomar em consideração à sua dupla finalidade: reparatória e pedagógica. A primeira visa dar uma satisfação à vítima pelo dano sofrido, enquanto que a segunda tem o propósito de desestimular eventual reincidência do autor da lesão.

Evidentemente o resultado final também leva em consideração as possibilidades e necessidades das partes de modo que não seja insignificante, a estimular a prática do ato ilícito, nem tão elevado que cause o enriquecimento indevido da vítima.

5 CONCLUSÃO

O que se percebe com o estudo do tema é o erro de planejamento do Estado que, a título de aplacar a chaga da violência espalhada na sociedade, banaliza o instrumento da prisão cautelar, cometendo permanentemente toda sorte de injustiças contra cidadãos inocentes.

Esquece-se o Estado que o princípio consagrado na Constituição é o da presunção de inocência ou da não-culpabilidade. Prende-se o cidadão e, só num momento posterior, exige demonstração de sua inocência como requisito para a recuperação de sua liberdade.

Qualquer prisão antes da existência de um título condenatório com trânsito em julgado, exatamente por sua natureza eminentemente cautelar, deve estar concretamente fundamentada nos requisitos necessários para a decretação dessa espécie.

Qualquer medida cerceadora de liberdade que não se esteie nos fundamentos legais autorizadores deverá ser reputada ilegal e, como tal, receber o tratamento devido à espécie pelo Estado: o acusado deve ser posto imediatamente em liberdade e a responsabilidade do ente estatal executor deverá ser admitida como medida de justiça reparadora.

Não há que se exigir prova da ocorrência do dano moral, surgindo automaticamente como decorrência lógica do evento. Causa espécime toda idéia de que o dano é causado somente a partir de determinados dias na prisão. O que se deve ter por princípio é que o sofrimento inicia-se juntamente com a ilegalidade, ocorrendo em seguida apenas sua prolongação no tempo.

Se o Estado quer aplicar de forma mais imediata as penas previstas para os transgressores da lei, que aparelhe seu Judiciário para a celeridade dos julgamentos e não, como sói acontecer, impute a demora dos julgamentos como culpa do acusado. Que, ao menos, respeite o direito fundamental do devido processo legal estabelecido na Constituição a que ele se obrigou.

O dano moral nos casos de privação indevida da liberdade do cidadão decorre automaticamente da conduta ilegal do estado, caracterizando o legítimo dano *in re ipsa*. É que, nesses casos a vítima recebe imediatamente o impacto do fato desmoralizador de sua conduta social, afetando o prestígio profissional e de cidadão perante os seus semelhantes.

Ainda que futuramente haja o reconhecimento de um estado de inocência pelo Judiciário através de sentença absolutória, ou mesmo nos casos em que a denúncia não chega a ser formulada, ou se formulada não é recebida, resta improvável que a vítima reúna capacidade para se livrar de todos efeitos impostos por uma antecipada condenação social.

A dor sentida pela violação do direito constitucional de ir e vir estampa-se de modo concreto, no comportamento individual, com gravíssimas conseqüências no grupo social de convivência da vítima do erro.

A indenização, em tais casos, é devida como uma recompensa por tão grave ofensa a um direito subjetivo constitucional do cidadão - o de gozar plenamente de sua liberdade - se motivo inexistente para restringi-lo. Tudo em homenagem ao Estado Democrático vivenciado pela Nação.

É também desinfluyente para a configuração do dano moral perquirir acerca da quantidade de dias em que recolhido indevidamente o cidadão, influenciando este dado apenas na quantificação do valor estabelecido. Esse, por sua vez, deverá sempre ser de elevado valor, em vista de sua função a ser cumprida⁵⁴, das partes presentes e do direito violado.

Logo, ainda que revestidas inicialmente de manifesta legalidade, a privação indevida da liberdade de qualquer cidadão constitui gravíssima violação do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana, atraindo, portando, a obrigação do ente estatal em promover as devidas reparações, ainda que de natureza exclusivamente moral.

54 O valor do dano moral tem dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

O que deve nortear a discussão não é o mero atendimento dos parâmetros legais na prática do ato, mas as consequências inteiramente injustas de sua deflagração. Não se discute lei, discute-se justiça. É dizer, ainda que presente os elementos para a decretação da prisão cautelar em qualquer de suas modalidades, resta evidente sua injustiça quando ao final absolvido o acusado.

Eventual incapacidade da acusação em provar o conteúdo de suas alegações, ou sucessos da defesa em comprovar a inocência do acusado não pode ser creditada a qualquer parcela de risco atribuível à cidadania. A bem da verdade, o risco é unicamente daquele que empreendeu a coordenação de todos atos praticados. É dizer, tanto os lucros quanto os prejuízos colhidos nas ações estatais devem ser atribuídos ao Estado, que lhe reserva o dever de promover a reparação daquele injustamente prejudicado.

A responsabilidade do Estado por erro judiciário não deve receber leitura míope na interpretação das várias normas positivadas que dão suporte ao tema. O erro judiciário indenizável não deve ser somente daquele que fica preso além do tempo previsto na sentença. Pelo contrário, com muito maior razão deve estender-se para assegurar aqueles que sequer chegaram a receber qualquer espécie de condenação.

A compreensão constitucional do erro judiciário indenizável deve levar em consideração os valores que assegurados pela Constituição, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, que impede a transformação do homem em objeto das ações estatais, e o justo processo da lei, que exige a comprovação de toda acusação como elemento necessário justificador da prisão cautelar imposta a qualquer acusado.

Não há no texto constitucional qualquer blindagem quando à obrigação estatal de indenizar a vítima do erro judiciário, especialmente quando este restringir o direito fundamental de liberdade.

Não basta a idoneidade inicial dos fatos que fundamentem a segregação cautelar da liberdade (indícios) como suficiente para afastar a responsabilidade

estatal, revelando-se também necessária a comprovação de sua veracidade e existência.

Aquele que erra por que agiu amparado por indícios dos quais não se comprovou existência efetiva, deve arcar com a reparação dos danos como consequência imediata dos riscos que assume em sua atividade. Outro não pode ser o tratamento dispensado ao Estado.

De outro lado, a ninguém é atribuído o dever de suportar privações injustas em seus direitos básicos de personalidade como ônus devido em contrapartida à obrigação estatal em promover a segurança da coletividade.

A coletividade surge aqui, sem nenhum resquício de dúvida, como seguradora universal de si própria. Se de um lado colhe os frutos do encarceramento cautelar daqueles que revelem indícios de suspeição, de outro, recebe a incumbência de indenizar aqueles que eventualmente tenham sido prejudicados.

É do Estado como representante dos interesses de toda coletividade, a obrigação de reparar os danos.

É necessária a recordação da advertência de Aliomar Baleeiro feita no Supremo Tribunal Federal, em julgamento anteriormente comentado, comentando a opção daqueles que ainda resistem a admitir a obrigação do Estado de indenizar os danos injustos resultantes de comportamentos estatais:

“É dessa timidez que nos devemos libertar”.⁵⁵

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 70.121/MG, Rel. Ministro DJACI FALCÃO. PLENO.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*. Vol. II. 9. ed., São Paulo: Forense, 1994.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário*. T II. Campinas: Bookseller, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP, Relator Ministro EROS GRAU, Pleno, julgado em 06/11/2008, sem publicação oficial. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>. Acessado em 06/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC AgR 89.025/SP. Rel. Min. EROS GRAU. 2ª Turma, julgado em 22/08/2006, DJ de 09/11/2007, p. 329. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 81.395. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 03/02/2002, DJ de 15/08/2003, p. 30. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 70.121/MG, Rel. Ministro DJACI FALCÃO. PLENO. julgado em 13.10.1971, Aud. De Publ. De 28.03,1973. Disponível em www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/pesquisarjurisprudência.asp. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93.862/SP. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 1ª Turma, julgado em 10/06/2008, divulgado em 31/07/2008, DJ de 01/08/2008, p. 887. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acessado em 25/08/2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.112/DF. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pleno, julgado em 02/05/2007, DJ de 26/10/2007, p. 28. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505.393/PE, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ de 05/10/2007, p. 25. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>, Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 220.982/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2000, DJ de 03.04.2000, p. 116. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 65.174/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ de 04/12/2006, p. 351. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado em 30/11/2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 427.560/SP. Rel. Min. LUIZ FUX. 1ª Turma, julgado em 05/09/2002, DJ de 30/09/2002, p. 204. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado em 30/11/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 881.323/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJ de 31/03/2008, p. 1. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado em 25/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 872.630/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ de 26/03/2008, p. 1. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acessado em 26/03/2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTO E CASTRO, Guilherme. *A responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.23.

DELMANTO JÚNIOR. Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário*. São Paulo: Universitária, 1995.

_____. *Indenização da prisão indevida*. São Paulo: Universitária, 1996.

_____. *Direito administrativo e judiciário*. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Barros. Vol. V, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

MOREIRA, David Alves. *Prisão Provisória: As medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

VILAS BOAS, Marco Antônio. *A reparação civil na investigação criminal*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 2003.